

## 根抵当に関する法務省照会に

### 対する意見書およびその解説

牛 山 積

#### 一

過日、法務省は第一、二法学部に対し、根抵当に関する諸問題につき次のとき意見の照会を行ってきた。法学部では民法（財産法）、商法および民事訴訟法の専攻者よりなる根抵当委員会を設け、審議の結果、後記のごとき意見書を作製し、法務省に回答した。意見書の項目は、法務省照会の問題の項目に対応するので、対照していただきたい。法務省の照会および意見書の内容は以下の通りである。

法務省民事甲第二二一八号

昭和三十九年六月二十三日

法務省民事局参事官室

早稲田大学法学部長殿

根抵当に関する意見の照会について

根抵当に関する法務省照会に対する意見書およびその解説

根抵当の制度が成文法に規定を欠き、運用上各種の問題を生じておりますことは、御承知のとおりであります。このたび法制審議会民法部会の財産法小委員会において、根抵当に関する立法を検討することになりました。

つきましては、学界および実業界の方々の御意見を参考としてその検討を進めたいと存じますので、御多用中まことに恐縮ですが、別紙記載の問題点その他お気づきの点につき、関係教授の御意見を承り度く存じます。

御意見は、事務の都合上、来る九月十日頃までにお寄せ下さるようお願いいたします。

(別紙)

#### 根抵当に関する問題点

- 一 根抵当権の設定には、債権発生基礎となる継続的取引契約（基本契約）の存在を要するものとするかどうか。なお、（イ）これを要しないとする場合には、被担保債権の範囲は、何によって定まるものとするか。（ロ）これを要するものとする場合には、基本契約は、どの程度のもので足りるとするか。
- 二 民法三七四条の規定は、根抵当権にも適用があるものとするかどうか。
- 三 いわゆる根抵当権の存続期間は、必要かどうか。
- 四 根抵当取引期間の延長は、当然には後順位担保権者その他の第三者に対抗し得ないものとするかどうか。

五 基本契約を変更して債権発生の基礎を拡げること認めるかどうか。なお、これを認める場合には、その変更は、当然には後順位担保権者その他の第三者に対抗し得ないものとするかどうか。

六 根抵当取引期間中に、基本契約から生じた債権の一部が譲渡された場合には、これに伴って、根抵当権の一部がその債権の譲受人に移転するものとするかどうか。

七 民法三七五条の規定は、根抵当権にも適用があるものとするかどうか。なお、適用があるとする場合には、同法三七六条の規定は、どのように適用されるものとするべきか。

八 基本契約における債務者の変更を認めるかどうか。

九 民法三九二条の規定は、根抵当権にも適用があるものとするかどうか。

十 根抵当権の実行は、基本契約を終了させないでもなし得るものとするかどうか。なお、なし得るものとする場合には、根抵当権実行の要件及び被担保債権の範囲は、どのように定めるのが適当か。

十一 基本契約の当事者が死亡した場合には、基本契約は終了するものとするかどうか。

十二 競売法または強制執行法中に、根抵当権に関する何らかの特則を設ける必要があるか。

#### 根抵当に関する法務省照会に対する意見書

項目一、要しないと考える。すなわち、包括根抵当の有効性を承認する。但し、被担保債権の範囲については、制限をおくことが妥当である。「一切の債務」を担保する旨の約定があった場合、被担保債権の範囲は、信用取引から生じた債権および信用取引に関連して生じた債権に限定すべきである、と考える。したがって、例えば不法行為債権、譲受債権などは除外されるが、信用取引を継続するために新たに生じた貸付債権は被担保債権の範囲に含まれると考える。

項目二、適用を認めない。すなわち、元利合算して極度額とする。貸付は極度額に満たない範囲で行われるであろうが、このように形式的基準を設定することによって法律関係を明確にし、後順位担保権者の保護をはかるべきだと考える。

項目三、必要を認めない。但し、債務が具体的に発生していない場合には、担保価値の有効な利用を可能にするため、基本契約を解除し、根抵当登記抹消請求を認める。

存続期間が約定されている場合については、意見は対立した。(イ)多数説は、存続期間の必要性を認めないことを任意規定と解し、その有効性を承認する。したがって、存続期間満了の時に、被担保債権が具体的に発生していなければ、根抵当権は消滅し、発生している場合は、被担保債権が確定し、根抵当権は一般抵当権に転換することになると考える。(ロ)少

数説は、存続期間の必要を認めないことを強行規定とする。したがって、存続期間の約定があった場合も、約定はないものとして取扱う。

項目四、根抵当取引期間の意義は二様に解される。(イ)基本契約の存続期間、(ロ)根抵当の存続期間。

(イ)の場合、極度額が明示されているかぎり対抗できると考える。

(ロ)の場合、前掲項目三、に記した少数説の立場に立てば問題は生じない。多数説は、結論として、対抗できると考えた。上記(イ)、(ロ)の場合、後順位担保権者は、極度額が定められているから、期待に反して不利益を受けることはないし、また存続期間の延長の結果被担保債権額が減少する場合もありうるからである。

項目五、拡大を認める。包括根抵当を有効と考えるからである。後順位担保権者その他の第三者に対抗しうる。

項目六、移転すると考える。譲渡債権の保全のために必要だからである。譲渡後の法律関係は、抵当権不可分の原則により、根抵当権の準共有が成立する。しかし、譲受債権に基づく根抵当権の実行については意見は対立した。(イ)多数説は、与信契約関係の存続を保護するため、譲受債権に基づく根抵当権の実行は、根抵当債権者と協議してこれを行うか、協議がととのわない場合は、基本契約の決算期に実行し、確定された

被担保債権額と譲受債権額の割合に応じ配当を受けるべきだと考えた。これに対し、(ロ)少数説は、譲受債権に基づく根抵当権の実行については、民法の共有に関する規定を準用すべきであると主張した。

項目七、被担保債権の額が確定すれば問題はない。被担保債権の額が確定しない場合も民法三七五条の適用を認める。但し、被担保債権の額が確定することを停止条件とする。さらに、債務者の利益を考慮して、根抵当の処分は、三面契約によるか、または債務者の承諾を効力要件もしくは対抗要件として必要とする、と考えるべきである。したがって、民法三七六条の適用を認めない。

項目八、認める。債務引受と同様の法理に従う。合併及び相続の場合には、債務者の変更を認めるが、債権者に解除権を認めることによって均衡を図るべきである。さらに、合併については、三面契約によれば問題は生じない。営業譲渡の場合も債務引受の場合と同様に考える。

項目九、適用を認める。

項目十、この点については、三つの意見がみられた。

(イ)多数説は基本契約終了のとき実行すべきであると主張した。

(ロ)第一の少数説は何時でも部分的に具体的に発生している債権につき実行をなしうることを認める。しかし、実行によっ

て根抵当権は消滅せず、弁済額だけ極度額は減少するが依然として存続するとかえるべきだと主張した。

(イ) 第二の少数説は、弁済期の到来した債権については、何時にても根抵当権の実行を認める。

項目十一、前記項目八、を参照。与信者が死亡した場合も債務者に与信契約の解除権を認める。

項目十二、後順位担保権者もしくは一般債権者が、根抵当権者の債権額が減少し又は零になった機会に乗じて、担保権を実行する場合もしくは強制執行を行う場合に対する保護規定を必要としないか、という問題につき、次のような意見があった。

(イ) 後順位担保権者もしくは一般債権者は極度額を供託する義務を負う。但し、根抵当の被担保債権の額が確定し、それが極度額に満たない場合には、残額につき、未配当分があれば配当加入を請求しうるものとする。

(ロ) 後順位担保権者もしくは一般債権者と債務者が結託して、与信契約の断絶を認識して担保権を実行した場合もしくは強制執行を行った場合には、民法四二四条の詐害行為取消権と同様の趣旨に基づく保護規定を設けるべきである。

#### 付帯意見

(1) 前記意見書にみられたように、根抵当の効力を広い範囲にわたって承認する結果、零細な債務者がその弱い地位のため

に高額の担保価値を根抵当権者に把握され、そのために担保価値の有効な利用を阻害されるという事態が生ずる可能性が存すると思われる。このような弊害を除去するために、根抵当設定を行いうる当事者の範囲を、かかる弊害の生ずるおそれのない関係に限定する必要があると考える。

(2) 根抵当に関する新たな立法の試みは、単に根抵当のみの問題としてのみ考えられるべきものではなく、抵当権制度全体の総合的な検討を必要とする問題である。したがって、法務省においても根抵当に関する立法の推進にあたっては、民法における抵当権に関する規定の再検討を考慮されることを希望したい。

(3) 前記意見書のように根抵当の効力を広い範囲にわたり保障することは、後順位担保権者および一般債権者の地位を相対的に不安定なものにすることを免れない。したがって、根抵当の制度化と同時に、殊に勤労者の退職金債権あるいは社内預金債権等につき、賃金債権に対して先取特権を認めたと同様に、先取特権を認めることにより特別の保護を与えるための特別立法が必要とされるので、この点に対する配慮をこの機会に要望しておきたい。

## 二 解 説

一 根抵当の有効性については、東京控判明治三四・六・二

八（新聞四六号六頁）を除けば、大判明治三四・一〇・二五（民録七輯九卷）、大判明治三五・一・二七（民録八輯一卷七三頁）以来判例法上確立している。また、現在学説においてこれに反対を示すものは存在しない。現在根抵当をめぐって実務上および学説上最も論議の対象となっている問題は、いわゆる包括根抵当をめぐる問題である。法制審議会が根抵当に関する立法を検討するに当り、この問題をとり上げなければならなかったことは当然であった。法務省照会の項目一は包括根抵当に関する問題である。

根抵当は、通常、当座貸越契約、手形割引貸付契約、交互計算契約、問屋あるいは卸商と小売商との間の継続的商品売買契約等の基本契約にもとづく継続的取引関係より生ずる債権の総和を将来の決算期において一定の極度額の範囲内で担保しようとする抵当権である。これに対して、包括根抵当は、被担保債権の範囲を基本契約にもとづく債権に限定せず、当事者間に発生するその他の一切の債権にまで拡大する目的で設定する根抵当である（例えば、東京高判昭和三二・七・一七（高民集一〇巻二九二頁）に現れた事例では「手形割引、貸付、保証その他によつて負担する一切の債務」という場合。さらに、単に「現在および将来において」発生すべき一切の債務」と定める場合も一つの形態である）。

この包括根抵当は、取引界においては実際上数多く行われているといわれるが、法務省は、昭和三〇年六月四日民事局長通達および昭和三〇年一月二八日民事局長回答等を通じて、包括根抵当は有効なものと解することはできないとして登記申請

根抵当に関する法務省照会に対する意見書およびその解説

を受理しない旨指示したため、実務界の反対を惹起したばかりではなく（金融法務事情一〇二・一〇三号参照）、学界における論争の契機ともなった。この法務省の態度にも拘らず、裁判所は下級裁ではあるが包括根抵当の有効性を承認する方向を辿っている（東京地判昭和九八（民集七巻七号一九六一頁）、東京高判昭和三二・七・一七（高民集一〇巻二九二頁）、大阪高判昭和三八・一二・二六（金融法務事情三〇七号）等）。しかし、この問題に関する最高裁判所の判例はまだ現れていない。学説上も包括根抵当の有効・無効については意見は対立している。

学説および判例に現れた当事者の主張にみられる有効論、無効論それぞれ論拠は次のように要約することができる。対立する第一の点は、理論上の問題であり、包括根抵当を承認することは抵当権の附従性に反するか否かの問題である。包括根抵当無効論は包括根抵当は抵当権の附従性の原則に反するものだと考える。いずれの立場でも、根抵当を認めることは、抵当権の附従性を緩和したという事実を承認せざるを得ない。この認識の上に立って、緩和の程度を「交換価値取得の際——抵当権にあっては実行の時——における債権と抵当権との共存」（（担保物権法二〇二頁以下、二七頁））にまで拡大して考えるのが包括根抵当有効論の立場である。この後者の立場に立つならば、問題は、基本契約が存在しない場合に、何によって被担保債権の範囲を特定するかということになるであろう。

有効論、無効論の対立する第二の点は、包括根抵当を承認す

ることがもたらす結果に対する実際上の考慮に関連する。無効論は、包括根抵当によって不当に高額な担保価値が把握され、そのために不動産の担保価値の有効な利用が妨げられること、さらに、被担保債権のなかに当事者間の取引関係と関連をもたない債権が含まれる結果、例えば、債務者に対する無担保の債権を廉価に買受け、これを被担保債権のうちに含まして優先弁済を受ける場合のごとく、後順位担保権者あるいは一般債権者を害する危険があること等をあげて、包括根抵当を認めることに反対する。これに対して、有効論は、包括根抵当も商取引の要請とそこにおける当事者の意思に応じた制度であること、債権極度額が確定しているために後順位担保権者あるいは一般債権者は不測の損害を蒙る危険は存しないこと、さらに、被担保債権の範囲から当事者間の取引関係と関連しない債権を除外することも可能であること等を論拠として反論する。以上が包括根抵当をめぐる問題状況である。

法務省照会に対する意見書は、これらの諸点を考慮した結果、包括根抵当を有効と考え、さらに、被担保債権の範囲を当事者間の信用取引から生じた債権および信用取引に関連して生じた債権に限定すべきものとしたのである（なおこの点については、清水誠法<sup>26</sup>所収、横井次「包括根抵当の効力」（ジュリスト三〇〇号）を参照されたい）。

二 項目二は根抵当によって担保される利息および遅延損害金の範囲の問題である。現在、この問題につき、判例は、(a)利息

または遅延損害金はその登記なくともこれをその元本と合算したる総和が登記したる極度額を超えない限り債権者はその債権額の全部につき優先弁済を受けうる、(b)登記された極度額が債権元本の極度額を意味することが登記上明白なる場合は、登記ある約定利率または法定利率による遅延利息を元本と合算したる金額が該極度額を超過するも民法第三七四条の規定する範囲内においては優先弁済をうけうる、という立場を採用している<sup>27</sup>と理解してよいであろう（大判昭和一三・三・二八民集一七卷三〇七頁、六頁）。この見解を支持する学説も存在する（<sup>28</sup>（<sup>29</sup>（<sup>30</sup>（<sup>31</sup>（<sup>32</sup>（<sup>33</sup>（<sup>34</sup>（<sup>35</sup>（<sup>36</sup>（<sup>37</sup>（<sup>38</sup>（<sup>39</sup>（<sup>40</sup>（<sup>41</sup>（<sup>42</sup>（<sup>43</sup>（<sup>44</sup>（<sup>45</sup>（<sup>46</sup>（<sup>47</sup>（<sup>48</sup>（<sup>49</sup>（<sup>50</sup>（<sup>51</sup>（<sup>52</sup>（<sup>53</sup>（<sup>54</sup>（<sup>55</sup>（<sup>56</sup>（<sup>57</sup>（<sup>58</sup>（<sup>59</sup>（<sup>60</sup>（<sup>61</sup>（<sup>62</sup>（<sup>63</sup>（<sup>64</sup>（<sup>65</sup>（<sup>66</sup>（<sup>67</sup>（<sup>68</sup>（<sup>69</sup>（<sup>70</sup>（<sup>71</sup>（<sup>72</sup>（<sup>73</sup>（<sup>74</sup>（<sup>75</sup>（<sup>76</sup>（<sup>77</sup>（<sup>78</sup>（<sup>79</sup>（<sup>80</sup>（<sup>81</sup>（<sup>82</sup>（<sup>83</sup>（<sup>84</sup>（<sup>85</sup>（<sup>86</sup>（<sup>87</sup>（<sup>88</sup>（<sup>89</sup>（<sup>90</sup>（<sup>91</sup>（<sup>92</sup>（<sup>93</sup>（<sup>94</sup>（<sup>95</sup>（<sup>96</sup>（<sup>97</sup>（<sup>98</sup>（<sup>99</sup>（<sup>100</sup>（<sup>101</sup>（<sup>102</sup>（<sup>103</sup>（<sup>104</sup>（<sup>105</sup>（<sup>106</sup>（<sup>107</sup>（<sup>108</sup>（<sup>109</sup>（<sup>110</sup>（<sup>111</sup>（<sup>112</sup>（<sup>113</sup>（<sup>114</sup>（<sup>115</sup>（<sup>116</sup>（<sup>117</sup>（<sup>118</sup>（<sup>119</sup>（<sup>120</sup>（<sup>121</sup>（<sup>122</sup>（<sup>123</sup>（<sup>124</sup>（<sup>125</sup>（<sup>126</sup>（<sup>127</sup>（<sup>128</sup>（<sup>129</sup>（<sup>130</sup>（<sup>131</sup>（<sup>132</sup>（<sup>133</sup>（<sup>134</sup>（<sup>135</sup>（<sup>136</sup>（<sup>137</sup>（<sup>138</sup>（<sup>139</sup>（<sup>140</sup>（<sup>141</sup>（<sup>142</sup>（<sup>143</sup>（<sup>144</sup>（<sup>145</sup>（<sup>146</sup>（<sup>147</sup>（<sup>148</sup>（<sup>149</sup>（<sup>150</sup>（<sup>151</sup>（<sup>152</sup>（<sup>153</sup>（<sup>154</sup>（<sup>155</sup>（<sup>156</sup>（<sup>157</sup>（<sup>158</sup>（<sup>159</sup>（<sup>160</sup>（<sup>161</sup>（<sup>162</sup>（<sup>163</sup>（<sup>164</sup>（<sup>165</sup>（<sup>166</sup>（<sup>167</sup>（<sup>168</sup>（<sup>169</sup>（<sup>170</sup>（<sup>171</sup>（<sup>172</sup>（<sup>173</sup>（<sup>174</sup>（<sup>175</sup>（<sup>176</sup>（<sup>177</sup>（<sup>178</sup>（<sup>179</sup>（<sup>180</sup>（<sup>181</sup>（<sup>182</sup>（<sup>183</sup>（<sup>184</sup>（<sup>185</sup>（<sup>186</sup>（<sup>187</sup>（<sup>188</sup>（<sup>189</sup>（<sup>190</sup>（<sup>191</sup>（<sup>192</sup>（<sup>193</sup>（<sup>194</sup>（<sup>195</sup>（<sup>196</sup>（<sup>197</sup>（<sup>198</sup>（<sup>199</sup>（<sup>200</sup>（<sup>201</sup>（<sup>202</sup>（<sup>203</sup>（<sup>204</sup>（<sup>205</sup>（<sup>206</sup>（<sup>207</sup>（<sup>208</sup>（<sup>209</sup>（<sup>210</sup>（<sup>211</sup>（<sup>212</sup>（<sup>213</sup>（<sup>214</sup>（<sup>215</sup>（<sup>216</sup>（<sup>217</sup>（<sup>218</sup>（<sup>219</sup>（<sup>220</sup>（<sup>221</sup>（<sup>222</sup>（<sup>223</sup>（<sup>224</sup>（<sup>225</sup>（<sup>226</sup>（<sup>227</sup>（<sup>228</sup>（<sup>229</sup>（<sup>230</sup>（<sup>231</sup>（<sup>232</sup>（<sup>233</sup>（<sup>234</sup>（<sup>235</sup>（<sup>236</sup>（<sup>237</sup>（<sup>238</sup>（<sup>239</sup>（<sup>240</sup>（<sup>241</sup>（<sup>242</sup>（<sup>243</sup>（<sup>244</sup>（<sup>245</sup>（<sup>246</sup>（<sup>247</sup>（<sup>248</sup>（<sup>249</sup>（<sup>250</sup>（<sup>251</sup>（<sup>252</sup>（<sup>253</sup>（<sup>254</sup>（<sup>255</sup>（<sup>256</sup>（<sup>257</sup>（<sup>258</sup>（<sup>259</sup>（<sup>260</sup>（<sup>261</sup>（<sup>262</sup>（<sup>263</sup>（<sup>264</sup>（<sup>265</sup>（<sup>266</sup>（<sup>267</sup>（<sup>268</sup>（<sup>269</sup>（<sup>270</sup>（<sup>271</sup>（<sup>272</sup>（<sup>273</sup>（<sup>274</sup>（<sup>275</sup>（<sup>276</sup>（<sup>277</sup>（<sup>278</sup>（<sup>279</sup>（<sup>280</sup>（<sup>281</sup>（<sup>282</sup>（<sup>283</sup>（<sup>284</sup>（<sup>285</sup>（<sup>286</sup>（<sup>287</sup>（<sup>288</sup>（<sup>289</sup>（<sup>290</sup>（<sup>291</sup>（<sup>292</sup>（<sup>293</sup>（<sup>294</sup>（<sup>295</sup>（<sup>296</sup>（<sup>297</sup>（<sup>298</sup>（<sup>299</sup>（<sup>300</sup>（<sup>301</sup>（<sup>302</sup>（<sup>303</sup>（<sup>304</sup>（<sup>305</sup>（<sup>306</sup>（<sup>307</sup>（<sup>308</sup>（<sup>309</sup>（<sup>310</sup>（<sup>311</sup>（<sup>312</sup>（<sup>313</sup>（<sup>314</sup>（<sup>315</sup>（<sup>316</sup>（<sup>317</sup>（<sup>318</sup>（<sup>319</sup>（<sup>320</sup>（<sup>321</sup>（<sup>322</sup>（<sup>323</sup>（<sup>324</sup>（<sup>325</sup>（<sup>326</sup>（<sup>327</sup>（<sup>328</sup>（<sup>329</sup>（<sup>330</sup>（<sup>331</sup>（<sup>332</sup>（<sup>333</sup>（<sup>334</sup>（<sup>335</sup>（<sup>336</sup>（<sup>337</sup>（<sup>338</sup>（<sup>339</sup>（<sup>340</sup>（<sup>341</sup>（<sup>342</sup>（<sup>343</sup>（<sup>344</sup>（<sup>345</sup>（<sup>346</sup>（<sup>347</sup>（<sup>348</sup>（<sup>349</sup>（<sup>350</sup>（<sup>351</sup>（<sup>352</sup>（<sup>353</sup>（<sup>354</sup>（<sup>355</sup>（<sup>356</sup>（<sup>357</sup>（<sup>358</sup>（<sup>359</sup>（<sup>360</sup>（<sup>361</sup>（<sup>362</sup>（<sup>363</sup>（<sup>364</sup>（<sup>365</sup>（<sup>366</sup>（<sup>367</sup>（<sup>368</sup>（<sup>369</sup>（<sup>370</sup>（<sup>371</sup>（<sup>372</sup>（<sup>373</sup>（<sup>374</sup>（<sup>375</sup>（<sup>376</sup>（<sup>377</sup>（<sup>378</sup>（<sup>379</sup>（<sup>380</sup>（<sup>381</sup>（<sup>382</sup>（<sup>383</sup>（<sup>384</sup>（<sup>385</sup>（<sup>386</sup>（<sup>387</sup>（<sup>388</sup>（<sup>389</sup>（<sup>390</sup>（<sup>391</sup>（<sup>392</sup>（<sup>393</sup>（<sup>394</sup>（<sup>395</sup>（<sup>396</sup>（<sup>397</sup>（<sup>398</sup>（<sup>399</sup>（<sup>400</sup>（<sup>401</sup>（<sup>402</sup>（<sup>403</sup>（<sup>404</sup>（<sup>405</sup>（<sup>406</sup>（<sup>407</sup>（<sup>408</sup>（<sup>409</sup>（<sup>410</sup>（<sup>411</sup>（<sup>412</sup>（<sup>413</sup>（<sup>414</sup>（<sup>415</sup>（<sup>416</sup>（<sup>417</sup>（<sup>418</sup>（<sup>419</sup>（<sup>420</sup>（<sup>421</sup>（<sup>422</sup>（<sup>423</sup>（<sup>424</sup>（<sup>425</sup>（<sup>426</sup>（<sup>427</sup>（<sup>428</sup>（<sup>429</sup>（<sup>430</sup>（<sup>431</sup>（<sup>432</sup>（<sup>433</sup>（<sup>434</sup>（<sup>435</sup>（<sup>436</sup>（<sup>437</sup>（<sup>438</sup>（<sup>439</sup>（<sup>440</sup>（<sup>441</sup>（<sup>442</sup>（<sup>443</sup>（<sup>444</sup>（<sup>445</sup>（<sup>446</sup>（<sup>447</sup>（<sup>448</sup>（<sup>449</sup>（<sup>450</sup>（<sup>451</sup>（<sup>452</sup>（<sup>453</sup>（<sup>454</sup>（<sup>455</sup>（<sup>456</sup>（<sup>457</sup>（<sup>458</sup>（<sup>459</sup>（<sup>460</sup>（<sup>461</sup>（<sup>462</sup>（<sup>463</sup>（<sup>464</sup>（<sup>465</sup>（<sup>466</sup>（<sup>467</sup>（<sup>468</sup>（<sup>469</sup>（<sup>470</sup>（<sup>471</sup>（<sup>472</sup>（<sup>473</sup>（<sup>474</sup>（<sup>475</sup>（<sup>476</sup>（<sup>477</sup>（<sup>478</sup>（<sup>479</sup>（<sup>480</sup>（<sup>481</sup>（<sup>482</sup>（<sup>483</sup>（<sup>484</sup>（<sup>485</sup>（<sup>486</sup>（<sup>487</sup>（<sup>488</sup>（<sup>489</sup>（<sup>490</sup>（<sup>491</sup>（<sup>492</sup>（<sup>493</sup>（<sup>494</sup>（<sup>495</sup>（<sup>496</sup>（<sup>497</sup>（<sup>498</sup>（<sup>499</sup>（<sup>500</sup>（<sup>501</sup>（<sup>502</sup>（<sup>503</sup>（<sup>504</sup>（<sup>505</sup>（<sup>506</sup>（<sup>507</sup>（<sup>508</sup>（<sup>509</sup>（<sup>510</sup>（<sup>511</sup>（<sup>512</sup>（<sup>513</sup>（<sup>514</sup>（<sup>515</sup>（<sup>516</sup>（<sup>517</sup>（<sup>518</sup>（<sup>519</sup>（<sup>520</sup>（<sup>521</sup>（<sup>522</sup>（<sup>523</sup>（<sup>524</sup>（<sup>525</sup>（<sup>526</sup>（<sup>527</sup>（<sup>528</sup>（<sup>529</sup>（<sup>530</sup>（<sup>531</sup>（<sup>532</sup>（<sup>533</sup>（<sup>534</sup>（<sup>535</sup>（<sup>536</sup>（<sup>537</sup>（<sup>538</sup>（<sup>539</sup>（<sup>540</sup>（<sup>541</sup>（<sup>542</sup>（<sup>543</sup>（<sup>544</sup>（<sup>545</sup>（<sup>546</sup>（<sup>547</sup>（<sup>548</sup>（<sup>549</sup>（<sup>550</sup>（<sup>551</sup>（<sup>552</sup>（<sup>553</sup>（<sup>554</sup>（<sup>555</sup>（<sup>556</sup>（<sup>557</sup>（<sup>558</sup>（<sup>559</sup>（<sup>560</sup>（<sup>561</sup>（<sup>562</sup>（<sup>563</sup>（<sup>564</sup>（<sup>565</sup>（<sup>566</sup>（<sup>567</sup>（<sup>568</sup>（<sup>569</sup>（<sup>570</sup>（<sup>571</sup>（<sup>572</sup>（<sup>573</sup>（<sup>574</sup>（<sup>575</sup>（<sup>576</sup>（<sup>577</sup>（<sup>578</sup>（<sup>579</sup>（<sup>580</sup>（<sup>581</sup>（<sup>582</sup>（<sup>583</sup>（<sup>584</sup>（<sup>585</sup>（<sup>586</sup>（<sup>587</sup>（<sup>588</sup>（<sup>589</sup>（<sup>590</sup>（<sup>591</sup>（<sup>592</sup>（<sup>593</sup>（<sup>594</sup>（<sup>595</sup>（<sup>596</sup>（<sup>597</sup>（<sup>598</sup>（<sup>599</sup>（<sup>600</sup>（<sup>601</sup>（<sup>602</sup>（<sup>603</sup>（<sup>604</sup>（<sup>605</sup>（<sup>606</sup>（<sup>607</sup>（<sup>608</sup>（<sup>609</sup>（<sup>610</sup>（<sup>611</sup>（<sup>612</sup>（<sup>613</sup>（<sup>614</sup>（<sup>615</sup>（<sup>616</sup>（<sup>617</sup>（<sup>618</sup>（<sup>619</sup>（<sup>620</sup>（<sup>621</sup>（<sup>622</sup>（<sup>623</sup>（<sup>624</sup>（<sup>625</sup>（<sup>626</sup>（<sup>627</sup>（<sup>628</sup>（<sup>629</sup>（<sup>630</sup>（<sup>631</sup>（<sup>632</sup>（<sup>633</sup>（<sup>634</sup>（<sup>635</sup>（<sup>636</sup>（<sup>637</sup>（<sup>638</sup>（<sup>639</sup>（<sup>640</sup>（<sup>641</sup>（<sup>642</sup>（<sup>643</sup>（<sup>644</sup>（<sup>645</sup>（<sup>646</sup>（<sup>647</sup>（<sup>648</sup>（<sup>649</sup>（<sup>650</sup>（<sup>651</sup>（<sup>652</sup>（<sup>653</sup>（<sup>654</sup>（<sup>655</sup>（<sup>656</sup>（<sup>657</sup>（<sup>658</sup>（<sup>659</sup>（<sup>660</sup>（<sup>661</sup>（<sup>662</sup>（<sup>663</sup>（<sup>664</sup>（<sup>665</sup>（<sup>666</sup>（<sup>667</sup>（<sup>668</sup>（<sup>669</sup>（<sup>670</sup>（<sup>671</sup>（<sup>672</sup>（<sup>673</sup>（<sup>674</sup>（<sup>675</sup>（<sup>676</sup>（<sup>677</sup>（<sup>678</sup>（<sup>679</sup>（<sup>680</sup>（<sup>681</sup>（<sup>682</sup>（<sup>683</sup>（<sup>684</sup>（<sup>685</sup>（<sup>686</sup>（<sup>687</sup>（<sup>688</sup>（<sup>689</sup>（<sup>690</sup>（<sup>691</sup>（<sup>692</sup>（<sup>693</sup>（<sup>694</sup>（<sup>695</sup>（<sup>696</sup>（<sup>697</sup>（<sup>698</sup>（<sup>699</sup>（<sup>700</sup>（<sup>701</sup>（<sup>702</sup>（<sup>703</sup>（<sup>704</sup>（<sup>705</sup>（<sup>706</sup>（<sup>707</sup>（<sup>708</sup>（<sup>709</sup>（<sup>710</sup>（<sup>711</sup>（<sup>712</sup>（<sup>713</sup>（<sup>714</sup>（<sup>715</sup>（<sup>716</sup>（<sup>717</sup>（<sup>718</sup>（<sup>719</sup>（<sup>720</sup>（<sup>721</sup>（<sup>722</sup>（<sup>723</sup>（<sup>724</sup>（<sup>725</sup>（<sup>726</sup>（<sup>727</sup>（<sup>728</sup>（<sup>729</sup>（<sup>730</sup>（<sup>731</sup>（<sup>732</sup>（<sup>733</sup>（<sup>734</sup>（<sup>735</sup>（<sup>736</sup>（<sup>737</sup>（<sup>738</sup>（<sup>739</sup>（<sup>740</sup>（<sup>741</sup>（<sup>742</sup>（<sup>743</sup>（<sup>744</sup>（<sup>745</sup>（<sup>746</sup>（<sup>747</sup>（<sup>748</sup>（<sup>749</sup>（<sup>750</sup>（<sup>751</sup>（<sup>752</sup>（<sup>753</sup>（<sup>754</sup>（<sup>755</sup>（<sup>756</sup>（<sup>757</sup>（<sup>758</sup>（<sup>759</sup>（<sup>760</sup>（<sup>761</sup>（<sup>762</sup>（<sup>763</sup>（<sup>764</sup>（<sup>765</sup>（<sup>766</sup>（<sup>767</sup>（<sup>768</sup>（<sup>769</sup>（<sup>770</sup>（<sup>771</sup>（<sup>772</sup>（<sup>773</sup>（<sup>774</sup>（<sup>775</sup>（<sup>776</sup>（<sup>777</sup>（<sup>778</sup>（<sup>779</sup>（<sup>780</sup>（<sup>781</sup>（<sup>782</sup>（<sup>783</sup>（<sup>784</sup>（<sup>785</sup>（<sup>786</sup>（<sup>787</sup>（<sup>788</sup>（<sup>789</sup>（<sup>790</sup>（<sup>791</sup>（<sup>792</sup>（<sup>793</sup>（<sup>794</sup>（<sup>795</sup>（<sup>796</sup>（<sup>797</sup>（<sup>798</sup>（<sup>799</sup>（<sup>800</sup>（<sup>801</sup>（<sup>802</sup>（<sup>803</sup>（<sup>804</sup>（<sup>805</sup>（<sup>806</sup>（<sup>807</sup>（<sup>808</sup>（<sup>809</sup>（<sup>810</sup>（<sup>811</sup>（<sup>812</sup>（<sup>813</sup>（<sup>814</sup>（<sup>815</sup>（<sup>816</sup>（<sup>817</sup>（<sup>818</sup>（<sup>819</sup>（<sup>820</sup>（<sup>821</sup>（<sup>822</sup>（<sup>823</sup>（<sup>824</sup>（<sup>825</sup>（<sup>826</sup>（<sup>827</sup>（<sup>828</sup>（<sup>829</sup>（<sup>830</sup>（<sup>831</sup>（<sup>832</sup>（<sup>833</sup>（<sup>834</sup>（<sup>835</sup>（<sup>836</sup>（<sup>837</sup>（<sup>838</sup>（<sup>839</sup>（<sup>840</sup>（<sup>841</sup>（<sup>842</sup>（<sup>843</sup>（<sup>844</sup>（<sup>845</sup>（<sup>846</sup>（<sup>847</sup>（<sup>848</sup>（<sup>849</sup>（<sup>850</sup>（<sup>851</sup>（<sup>852</sup>（<sup>853</sup>（<sup>854</sup>（<sup>855</sup>（<sup>856</sup>（<sup>857</sup>（<sup>858</sup>（<sup>859</sup>（<sup>860</sup>（<sup>861</sup>（<sup>862</sup>（<sup>863</sup>（<sup>864</sup>（<sup>865</sup>（<sup>866</sup>（<sup>867</sup>（<sup>868</sup>（<sup>869</sup>（<sup>870</sup>（<sup>871</sup>（<sup>872</sup>（<sup>873</sup>（<sup>874</sup>（<sup>875</sup>（<sup>876</sup>（<sup>877</sup>（<sup>878</sup>（<sup>879</sup>（<sup>880</sup>（<sup>881</sup>（<sup>882</sup>（<sup>883</sup>（<sup>884</sup>（<sup>885</sup>（<sup>886</sup>（<sup>887</sup>（<sup>888</sup>（<sup>889</sup>（<sup>890</sup>（<sup>891</sup>（<sup>892</sup>（<sup>893</sup>（<sup>894</sup>（<sup>895</sup>（<sup>896</sup>（<sup>897</sup>（<sup>898</sup>（<sup>899</sup>（<sup>900</sup>（<sup>901</sup>（<sup>902</sup>（<sup>903</sup>（<sup>904</sup>（<sup>905</sup>（<sup>906</sup>（<sup>907</sup>（<sup>908</sup>（<sup>909</sup>（<sup>910</sup>（<sup>911</sup>（<sup>912</sup>（<sup>913</sup>（<sup>914</sup>（<sup>915</sup>（<sup>916</sup>（<sup>917</sup>（<sup>918</sup>（<sup>919</sup>（<sup>920</sup>（<sup>921</sup>（<sup>922</sup>（<sup>923</sup>（<sup>924</sup>（<sup>925</sup>（<sup>926</sup>（<sup>927</sup>（<sup>928</sup>（<sup>929</sup>（<sup>930</sup>（<sup>931</sup>（<sup>932</sup>（<sup>933</sup>（<sup>934</sup>（<sup>935</sup>（<sup>936</sup>（<sup>937</sup>（<sup>938</sup>（<sup>939</sup>（<sup>940</sup>（<sup>941</sup>（<sup>942</sup>（<sup>943</sup>（<sup>944</sup>（<sup>945</sup>（<sup>946</sup>（<sup>947</sup>（<sup>948</sup>（<sup>949</sup>（<sup>950</sup>（<sup>951</sup>（<sup>952</sup>（<sup>953</sup>（<sup>954</sup>（<sup>955</sup>（<sup>956</sup>（<sup>957</sup>（<sup>958</sup>（<sup>959</sup>（<sup>960</sup>（<sup>961</sup>（<sup>962</sup>（<sup>963</sup>（<sup>964</sup>（<sup>965</sup>（<sup>966</sup>（<sup>967</sup>（<sup>968</sup>（<sup>969</sup>（<sup>970</sup>（<sup>971</sup>（<sup>972</sup>（<sup>973</sup>（<sup>974</sup>（<sup>975</sup>（<sup>976</sup>（<sup>977</sup>（<sup>978</sup>（<sup>979</sup>（<sup>980</sup>（<sup>981</sup>（<sup>982</sup>（<sup>983</sup>（<sup>984</sup>（<sup>985</sup>（<sup>986</sup>（<sup>987</sup>（<sup>988</sup>（<sup>989</sup>（<sup>990</sup>（<sup>991</sup>（<sup>992</sup>（<sup>993</sup>（<sup>994</sup>（<sup>995</sup>（<sup>996</sup>（<sup>997</sup>（<sup>998</sup>（<sup>999</sup>（<sup>1000</sup>（<sup>1001</sup>（<sup>1002</sup>（<sup>1003</sup>（<sup>1004</sup>（<sup>1005</sup>（<sup>1006</sup>（<sup>1007</sup>（<sup>1008</sup>（<sup>1009</sup>（<sup>1010</sup>（<sup>1011</sup>（<sup>1012</sup>（<sup>1013</sup>（<sup>1014</sup>（<sup>1015</sup>（<sup>1016</sup>（<sup>1017</sup>（<sup>1018</sup>（<sup>1019</sup>（<sup>1020</sup>（<sup>1021</sup>（<sup>1022</sup>（<sup>1023</sup>（<sup>1024</sup>（<sup>1025</sup>（<sup>1026</sup>（<sup>1027</sup>（<sup>1028</sup>（<sup>1029</sup>（<sup>1030</sup>（<sup>1031</sup>（<sup>1032</sup>（<sup>1033</sup>（<sup>1034</sup>（<sup>1035</sup>（<sup>1036</sup>（<sup>1037</sup>（<sup>1038</sup>（<sup>1039</sup>（<sup>1040</sup>（<sup>1041</sup>（<sup>1042</sup>（<sup>1043</sup>（<sup>1044</sup>（<sup>1045</sup>（<sup>1046</sup>（<sup>1047</sup>（<sup>1048</sup>（<sup>1049</sup>（<sup>1050</sup>（<sup>1051</sup>（<sup>1052</sup>（<sup>1053</sup>（<sup>1054</sup>（<sup>1055</sup>（<sup>1056</sup>（<sup>1057</sup>（<sup>1058</sup>（<sup>1059</sup>（<sup>1060</sup>（<sup>1061</sup>（<sup>1062</sup>（<sup>1063</sup>（<sup>1064</sup>（<sup>1065</sup>（<sup>1066</sup>（<sup>1067</sup>（<sup>1068</sup>（<sup>1069</sup>（<sup>1070</sup>（<sup>1071</sup>（<sup>1072</sup>（<sup>1073</sup>（<sup>1074</sup>（<sup>1075</sup>（<sup>1076</sup>（<sup>1077</sup>（<sup>1078</sup>（<sup>1079</sup>（<sup>1080</sup>（<sup>1081</sup>（<sup>1082</sup>（<sup>1083</sup>（<sup>1084</sup>（<sup>1085</sup>（<sup>1086</sup>（<sup>1087</sup>（<sup>1088</sup>（<sup>1089</sup>（<sup>1090</sup>（<sup>1091</sup>（<sup>1092</sup>（<sup>1093</sup>（<sup>1094</sup>（<sup>1095</sup>（<sup>1096</sup>（<sup>1097</sup>（<sup>1098</sup>（<sup>1099</sup>（<sup>1100</sup>（<sup>1101</sup>（<sup>1102</sup>（<sup>1103</sup>（<sup>1104</sup>（<sup>1105</sup>（<sup>1106</sup>（<sup>1107</sup>（<sup>1108</sup>（<sup>1109</sup>（<sup>1110</sup>（<sup>1111</sup>（<sup>1112</sup>（<sup>1113</sup>（<sup>1114</sup>（<sup>1115</sup>（<sup>1116</sup>（<sup>1117</sup>（<sup>1118</sup>（<sup>1119</sup>（<sup>1120</sup>（<sup>1121</sup>（<sup>1122</sup>（<sup>1123</sup>（<sup>1124</sup>（<sup>1125</sup>（<sup>1126</sup>（<sup>1127</sup>（<sup>1128</sup>（<sup>1129</sup>（<sup>1130</sup>（<sup>1131</sup>（<sup>1132</sup>（<sup>1133</sup>（<sup>1134</sup>（<sup>1135</sup>（<sup>1136</sup>（<sup>1137</sup>（<sup>1138</sup>（<sup>1139</sup>（<sup>1140</sup>（<sup>1141</sup>（<sup>1142</sup>（<sup>1143</sup>（<sup>1144</sup>（<sup>1145</sup>（<sup>1146</sup>（<sup>1147</sup>（<sup>1148</sup>（<sup>1149</sup>（<sup>1150</sup>（<sup>1151</sup>（<sup>1152</sup>（<sup>1153</sup>（<sup>1154</sup>（<sup>1155</sup>（<sup>1156</sup>（<sup>1157</sup>（<sup>1158</sup>（<sup>1159</sup>（<sup>1160</sup>（<sup>1161</sup>（<sup>1162</sup>（<sup>1163</sup>（<sup>1164</sup>（<sup>1165</sup>（<sup>1166</sup>（<sup>1167</sup>（<sup>1168</sup>（<sup>1169</sup>（<sup>1170</sup>（<sup>1171</sup>（<sup>1172</sup>（<sup>1173</sup>（<sup>1174</sup>（<sup>1175</sup>（<sup>1176</sup>（

三 項目三および四は根抵当の存続期間に関する問題である。

この問題に関する判例および学説の傾向は、根抵当の存続期間を登記するか否かは当事者の自由であると考えている。登記があれば、その期間満了の時が決算期であり、根抵当はその時確定する債権の総額を担保する普通の抵当権に転換する。したがって、それ以後に生じた債権は担保されない。存続期間の延長は可能であるが、延長は後順位担保権者に対抗しえないとされる。登記がなされていない場合は、基本たる継続的取引関係による決算期の到来の時における債権総額を担保することになる。(大判昭和五・六・三八民集九卷四九〇頁、最判昭和三・七・九八民集一一卷一二二六頁、我妻・前掲書二〇四頁、柚木・前掲書二二五頁。)これに対して、意見書はこの支配的見解とは異なる二つの見解を採用した。

多数説の特色は存続期間の延長をもって後順位担保権者に対抗しうると考えたことである。その理由は、支配的見解が存続期間の延長は後順位担保権者の利害関係に影響をおよぼすと考えるのに対して、極度額が定められているから不測の損害を与えることはないし、また、存続期間の延長の結果被担保債権額が減少する場合もありうると考えたことにある。

これに対して少数説は、さらに進んで、被担保債権が確定する時期は基本契約の終了または解除、包括根抵当の場合は取引関係の解消によって決定せしめ、根抵当の存続期間は一律に定

根抵当に関する法務省照会に対する意見書およびその解説

めないものとして取扱おうとする。前記多数説が単に存続期間を定めたことに決算期の決定基準としての意味しか認めないことから、もしそうだとすれば一律に存続期間の必要を認めないとしても実質的には変化はないという評価がその背後には存在する。さらに、少数説の意図としては、ドイツ民法における所有者抵当権をわが国においても立法によって認めようとすることと結合しているようである。この点についての検討は別の機会にゆずりたいと思う。

多数説、少数説いずれの立場に立っても、存続期間による根抵当の存続に対する制約を緩和あるいは否認することになる。その結果、根抵当権者が経済的に優越的地位を有する場合には、根抵当設定者による担保価値の有効な利用を阻害する結果をもたらすおそれがある。そのために一致して意見書項目三に記したように根抵当登記抹消請求をなしうる場合を認めたのである。

項目四に記した基本契約の存続期間の点についてはさらに説明することを要しないであろう。項目五の説明も省略する。

四 項目六について。被担保債権が確定した場合、根抵当権は通常の抵当権に転換するから、被担保債権とともに抵当権を譲渡しうることには問題はない。また、大判昭和一〇・一二・二四(民集一四卷一二二六頁)が判断したように被担保債権確定前であっても、基本契約関係とともに根抵当権を譲渡しうることとも承認されてよい。しかし、この範囲を超えて、具体的に発生している

個々の債権を譲渡した場合に根抵当がこれに随伴して移転すると考える立場はこれまでほとんど存在していなかったように思われる。

この問題を論じたものは数少ないが、この場合の根抵当権の移転を否認する立場の根拠は、成立した個々の債権を切り離してこれを譲渡しても、このためにその範囲において担保力が分割滅殺されることは抵当権不可分の原則上許されない、換言すれば、債権譲渡は可能であるが、根抵当権は抵当権不可分の原則上これに随伴しない、と抵当権不可分の原則に求められている（石田文次郎「担保物権法論上巻」三四六頁以下、同「財産法における動的理論」二八四頁）。譲渡債権に根抵当権が随伴することを認めることは、担保力の分割滅殺を意味するとすれば、この考えは正しいが、意見書のように準共有関係の成立を認めるならば、抵当権不可分の原則には何ら違反するものではない。ちなみに、大判大正一〇・一二・二四（民録二七輯一三八二頁）は、被担保債権の一部を譲渡した場合、債権額に応じて抵当権を分割譲渡しえないが、譲渡人譲受人が抵当権を共有となしうることを認めている。しかし、弁済期が到来した譲渡債権につき根抵当権の実行を認めるならば、根抵当権は消滅し、与信関係の断絶をきたすから、この危険を防止するため、意見書は根抵当権の実行に対する制限を設けたのである。

五 項目七は根抵当権の処分に関する問題である。この問題についてもこれまでに検討を行った学説はきわめて少いが、そ

のなかで次のごとき見解がみられた。すなわち、民法第三七五条は被担保債権が確定していることを前提としているから、まだ被担保債権の確定前においては適用がない。したがって、根抵当権にはこの規定の適用がないが、ただ、将来債権の確定することを条件としてのみ根抵当権およびその順位権の譲渡ならびに抛棄をなしうるにすぎない（石田文次郎「財産法における動的理論」二八五頁）。表現上の差異はあるが意見書の立場も結論については同様である。根抵当権の処分を受ける者の利益は、原抵当権者の受けうる利益の範囲を超えることはできないし、その利益の範囲は被担保債権の確定によって定まるから、意見書の見解は妥当であると思われる。しかし、根抵当権の処分は、与信者の把握する担保力を減少せしめるから、受信者が与信関係から期待する利益を害するおそれが生ずるであろう。このため、根抵当権の処分は、三面契約によるかまたは債務者の承諾を効力要件もしくは對抗要件として必要とする、と意見書は考えた。その結果、民法第三七六条の適用を認めないのである。

根抵当権の処分につき民法第三七五条および第三七六条の適用を認め、ただ民法第三七六条二項の規定による承諾を必要とする弁済を根抵当権の処分当時の債権額を減少せしめるもののみに限定せんとする見解もある（香川保一「新版担保」一八〇九頁以下参照）。意見書の立場においても第三七六条二項の趣旨をどのように考えるべきか検討を要する余地を残している。



六 項目八および十一は当事者の変更に関する問題である。

債務者の変更を認めることには原則として問題はない。しかし、債務者の変更は根抵当取引の債務者としての地位の移転を生じるから、従来の民法理論に従って変更は債務引受の場合と同様の法理が適用されると考えるべきであらう。意見書はさらに合併および相続にもとづく包括承継による債務者の変更を認めた。しかし、根抵当取引は個人的要素を有し債務者すなわち受信者の信用を前提とするものであるから、無条件に合併後の新会社あるいは相続人による承継を認めることは債権者の地位を不安定なものとするおそれがある。このことを考慮して、意見書は、包括承継による債務者の変更を認めると同時に、与信者すなわち債権者の保護のために債権者に与信契約の解除権を認めたのである。合併による変更の場合、旧会社、新会社および債権者間の三面契約による承継についての合意があれば、解除権の問題は生じないことは勿論である。前記の場合に債権者に解除権を認めたことの結果、項目十一に記したように、意見書は、相続による債権者の変更の場合に債権者に取引関係を継続するか否か決定する自由を与えるため、解除権を認めた。

項目九の問題については、第三九二条の適用を認めても何ら問題を生じないから、説明を省略する。

七 項目十は根抵当権の実行に関する問題である。取引関係から生じた債権が存在しかつ弁済期が到来すればこの債権につ

き根抵当権を実行しうることは抵当権の性質上認められるであらう。意見書項目十の(イ)の見解はこの立場に立つ。しかし、根抵当は継続的取引関係より生ずる債権の総和を将来の決算期において一定の極度額の範囲内で担保しようとする抵当権であるから、当事者間における意思を考慮して法的に判断を下すならば、決算期における被担保債権の確定を根抵当権実行の要件と考えるべきであらう。意見書項目十の(イ)の見解はこの立場に立つ。しかし、決算期が何時であるかは、基本契約の終了の時である場合もあること勿論であるが、基本契約の期間につき定めがなく根抵当権の存続期間につき約定している場合には、存続期間満了の時と考えて差支えないであらう。いずれの期間についても定めがない場合もありうるが、(イ)の見解から推論すると、この場合には根抵当権設定の基礎にある契約関係の解約を必要とすると考えることになるであらう。しかし、高松高決昭和三五・三・一八(下民集一一卷三頁五七二頁)は、根抵当権の実行の時期または制限につき特約の存しない限り解約を要しないと判断している。

抵当権の実行によって抵当権は消滅するから、(イ)と(イ)の見解の差異は、実質的には、継続的取引関係の継続を保護しようとするか否かの差異に対応する。取引関係の持続を保障しつつなお自由に根抵当権の実行を認めようとしたのが、意見書項目十の(ロ)の見解である。しかし、この見解は従来の法理論を大きく

修正するものであるから、抵当権全体に関する再検討を要請している。

八 意見書項目十二につき簡単に説明することにする。

後順位担保権者もしくは一般債権者が、担保権を実行する場合もしくは強制執行を行った場合には、目的不動産上に存する抵当権は競落または売却によって消滅する（競売法第二条二項、民。訴法第六四九条二項）。この結果を認めることは、根抵当権の基礎である継続的取引関係の断絶を容認することになる。この点を考慮して、継続的取引関係の持続を保障し取引関係の当事者の利益を保障しようとしたのが(イ)の見解である。

(ロ)の見解は、(イ)の見解が取引関係の当事者の利益を保護しようとするのに対して、根抵当権者の利益、例えば、貸付を予定して留保しておいた金銭が貸付の機会を失うために受けえなくなる利息に対する期待を保護しようとするものである。

九 意見書の内容は、根抵当に関する諸問題の妥当な解決という観点から構想されたものである。したがって、それは従来の法理論の体系との結びつきに考慮を払いつつ行われた漸進的な改革の提言だといってよいであろう。しかし、抵当権一般に関する立法的改革の結果、近代的抵当権の特質と考えられている順位確定の原則が導入され、土地債務・所有者抵当権等の制度を認めることによって後順位抵当権者の順位上昇を認めないならば、意見書項目三、四、五の内容は制度的に実現されるこ

とになるだろう。また、抵当権独立の原則の導入によって、後順位抵当権者の抵当権実行による先順位抵当権の消滅を認めないならば、意見書項目十二に記した内容は実現されることになる。最終的にいかなる方式を採用すべきかは、わが国の経済発展の動向の分析を基礎とした根抵当をも含む抵当権制度全体にわたる検討を待たなければならない。

（付記、この解説の執筆については、根抵当委員会における討論を参考にした。誤解した点もあるかも知れないが、責任はすべて筆者にあることをおこたわりしておきたい。）